

Compte-rendu du séminaire Philippe Nasse du mercredi 30 septembre 2015 : « Infraction par objet »
--

Créé à la fin des années 1980 au sein de la Direction de la Prévision, le séminaire Philippe Nasse s'est d'abord appelé « séminaire d'économie industrielle » puis « séminaire Concurrence ». Il est, depuis quelques années, co-organisé par la DGTrésor et l'Autorité de la concurrence, d'abord sous le nom de séminaire « DGTPE-Concurrence » et enfin depuis janvier 2009 sous le nom actuel de « séminaire Philippe Nasse ». Le principe consiste à présenter et à confronter les points de vue d'un économiste et d'un juriste sur un sujet d'intérêt commun ayant trait aux questions de concurrence. De fait, le juge fait de plus en plus appel à l'économiste pour caractériser les atteintes à la concurrence et essayer d'en quantifier les effets, tandis que l'économiste doit prendre en compte un droit et une jurisprudence en plein développement dans son analyse du fonctionnement des marchés.

Lors du dernier séminaire, organisé le 30 septembre 2015, **Jérôme Philippe** (économiste, avocat associé chez *Freshfields Bruckhaus Deringer*) et **Patrick Rey** (professeur à l'école d'économie de Toulouse –TSE) ont débattu sur le thème « Infraction par objet ». La séance a été animée par **Thierry Dahan**, Vice-Président de l'Autorité de la concurrence.

INTRODUCTION DE THIERRY DAHAN

Le sujet de l'infraction par objet est un sujet difficile. Il ne s'agit pas d'une construction évidente. Il n'y a infraction par objet qu'au terme d'un raisonnement : une restriction par objet ne devient une infraction par objet que si elle n'est pas exemptée.

Trois difficultés principales apparaissent.

- i. L'opposition restriction par objet / restriction par effet recouvre d'autres grandes oppositions en droit de la concurrence avec lesquelles on peut la confondre :
 - o l'opposition, aux États-Unis, entre pratiques interdites *per-se* et celles soumises à la règle de raison. Les deux oppositions se recouvrent partiellement mais se couvrent-elles complètement ?
 - o l'opposition entre ce qui est restrictif de concurrence et ce qui est interdit. La différence porte sur l'exemptabilité. C'est une source de confusion.
- ii. La différence entre objet et effet emporte des différences procédurales et change la nature du débat contradictoire. En matière de restriction par objet, il y a une inversion de la charge de la preuve pour une partie de la démonstration, celle par les effets.
 - o Restriction par effet : la charge de la preuve des effets repose sur l'autorité de la concurrence (accusation) et il existe un équilibre du débat avec asymétrie d'information, les entreprises ne connaissant pas les éléments dont l'autorité dispose.
 - o Restriction par objet : la charge de la preuve est renversée et c'est le défendeur qui doit amener un certain nombre de preuves sur les effets pour bénéficier de l'exemption.
- iii. L'interprétation des textes, notamment celle du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) par la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE), est censée faire l'objet de jurisprudences extrêmement stables. Or, on peut avoir l'impression, à tort ou à raison, cela sera débattu, que la CJUE a procédé par ajustements. Ceux qui les interprètent comme des ajustements de forte amplitude imaginent qu'il y a des revirements de jurisprudence. Les changements observés à la CJUE sont-ils à interpréter de cette façon ? Ou bien s'agit-il d'ajustements successifs convergents refermant peu à peu la jurisprudence pour faire converger la pratique des autorités de concurrence et des juges ?

Le débat sera organisé de la façon suivante :

Partie I - Quelle différence entre infraction par objet et infraction *per se* ?

Partie II - Comment comprendre les décisions successives des différentes juridictions concernant l'infraction par objet ?

PARTIE I - Quelle différence entre infraction par objet et infraction *per se* ?

INTERVENTION DE JEROME PHILIPPE

1. Rappel des textes

Il s'agit d'un sujet difficile à appréhender. Il faut revenir au TFUE et au Code du Commerce (CC) pour préciser comment est construite une infraction en droit de la concurrence.

L'article 101 TFUE traite des accords et concertations entre entreprises et raisonne en deux temps :

- un premier qui établit l'existence d'une restriction (article 101-1). Selon les règles traditionnelles, la preuve de l'existence d'une restriction repose spontanément sur l'autorité de concurrence.
- Ensuite, l'article 101-3 établit les possibilités d'exemptions, qui ne s'appliquent que pour des pratiques déjà considérées comme des restrictions au sens de l'article 101-1.

On remarque dans l'article 101-1 que l'objet et l'effet sont placés au même niveau dans la définition du Traité. Par ailleurs, la preuve de l'application de l'article 101-3 pour échapper à la condamnation est à la charge de l'entreprise.

L'article TFUE 102 traite de l'abus de position dominante. Il ne fait pas mention d'objet et d'effet. C'est « *le fait d'exploiter de façon abusive une position dominante* » qui est interdit. Et, dans ces cas, aucune exemption de droit communautaire comme l'article 101-3 ne joue. Dans le cas français au contraire, la possibilité d'exemption existe symétriquement pour la concertation comme pour l'abus de position dominante¹. C'est une différence importante, mais qui reste théorique en raison de l'absence de cas de mise en pratique de l'exemption.

De plus, en France, le CC précise l'analyse des effets : sont interdites les pratiques de concertation qui « *ont pour objet ou peuvent avoir pour effet* »² de restreindre la concurrence. Toutefois, les autorités de concurrence et juridictions européennes considèrent depuis longtemps que l'effet au sens de l'article 101-1 TFUE peut être réel ou potentiel.

2. L'arrêt LTM : l'interprétation initiale du droit par la CJUE

La première jurisprudence importante en matière d'infraction par objet est un arrêt de la CJUE de 1966 dit Société technique minière (LTM)³. Il crée une base, un point de départ du raisonnement.

- i. L'arrêt crée une hiérarchie entre objet et effet. L'objet est plus simple à démontrer pour l'autorité car il nécessite moins d'analyse économique, ce qui crée un ordre d'examen des critères : l'objet est examiné en premier. **Si on ne trouve pas d'objet, on regarde alors l'effet.**
- ii. L'autre acquis très important de cet arrêt tient à la définition de l'objet. **L'altération de la concurrence (la restriction) doit résulter des clauses de l'accord, compte tenu du contexte économique.**
- iii. Le troisième enseignement de cet arrêt est qu'**il faut que lesdites clauses relèvent d'un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour relever une restriction par objet.**

¹ Article L.420-4 du Code de commerce : « Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 les pratiques [...] dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique... »

² Article L.420-1 du Code de commerce

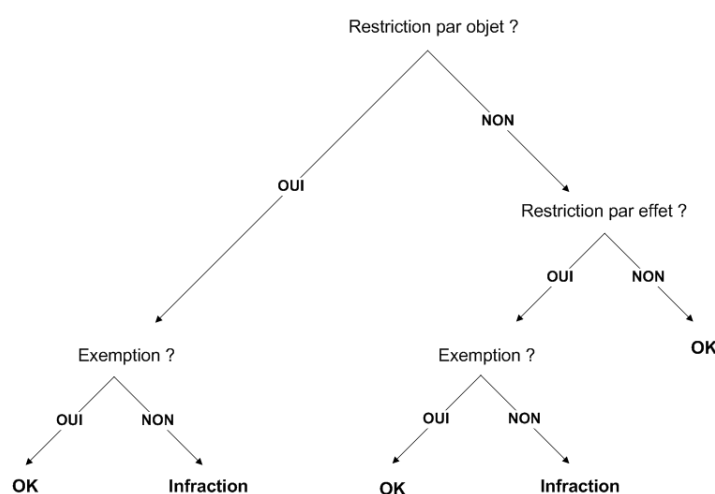
³ Arrêt de la Cour du 30 juin 1966. - Société Technique Minière (L.T.M.) contre Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.). Affaire 56-65.

Dans une telle architecture, quelle est l'utilité de la notion d'objet ? En premier lieu, **l'économie procédurale** qu'elle permet grâce à l'économie de l'analyse du détail des effets. En second lieu, elle joue un **rôle de signal pour les entreprises** en indiquant des catégories de pratiques interdites, ce qui participe à la politique de la concurrence.

Au total, selon l'arrêt LTM, pour évaluer une pratique, les étapes suivantes s'appliquent :

- S'agit-il d'une restriction par objet (l'analyse des clauses de l'accord, compte tenu du contexte économique, fait apparaître un degré suffisant de nocivité) ?
 - Si oui, la pratique est-elle exemptable au titre de l'article 101-3 ?
 - Si non, c'est une infraction.
- Si ce n'est pas une restriction par objet, on examine les effets restrictifs de concurrence.
 - Si des effets sont trouvés, l'exemption prévue au 101-3 s'applique-t-elle ?
 - Si non, c'est une infraction.

Graphique 1 : application de l'article 101 TFUE selon l'arrêt LTM de la CJUE



3. *Infraction par objet et infraction per se*

Quel est le lien entre l'infraction par objet et l'infraction *per se* du droit américain ? Il y a en effet régulièrement eu des confusions entre les deux notions, notamment par certains avocats généraux de la CJUE.

Tout d'abord, elles ont une origine intellectuelle commune. C'est Robert Bowie, américain et professeur à Harvard, qui a rédigé l'article 101 pour le traité de la CECA en 1951, dans le contexte de la décartellisation de l'industrie du charbon allemand et de l'unbundling acier / charbon. Jean Monnet rappelle dans ses mémoires qu'il a été très difficile de mettre ces quelques lignes dans le traité, lignes ensuite conservées dans le traité de Rome à l'identique.

Les deux notions ont toutefois un fonctionnement différent car le droit américain ne connaît pas la possibilité d'exemption permise par l'article 101-3 TFUE, que peut soulever une entreprise en toute circonstance⁴. Une pratique de concertation interdite *per se* est donc automatiquement une infraction. La comparaison est plus complexe dans le cas de l'abus de position dominante (art. 102 TFUE). Le TFUE ne prévoit pas d'exemption pour les pratiques interdites par l'art. 102 TFUE, mais il ne fait pas de distinction entre objet et effet.

Considérons l'exemple de l'imposition des prix de revente (Resale price maintenance, RPM). Nous verrons plus tard qu'il s'agit d'une restriction par objet en droit communautaire. Aux États-Unis, cela

⁴ Arrêt de la Cour (troisième chambre) du 13 octobre 2011. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi.

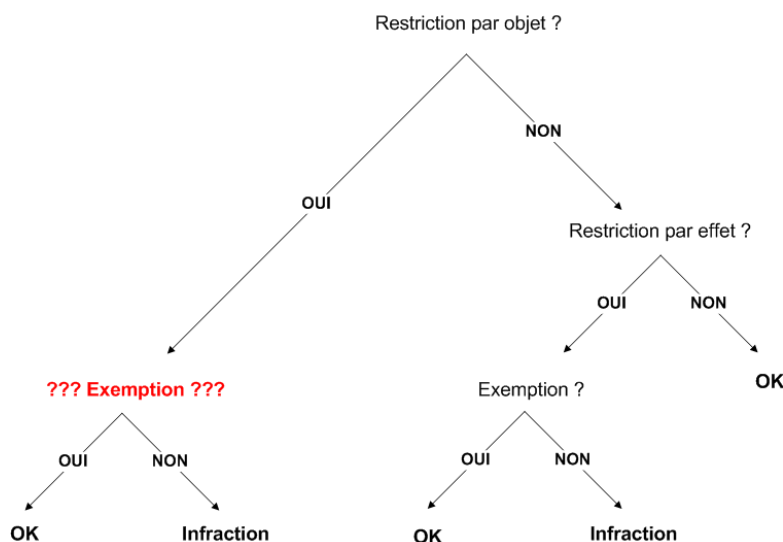
a été une infraction *per se* jusqu'à l'arrêt Leegin⁵ qui a imposé l'application de la règle de raison (rule of reason). Avant cela, lorsque l'interdiction *per se* s'appliquait, on pouvait croire que le droit communautaire était plus souple que le droit américain. Toutefois, le refus de vente n'étant pas condamné aux États-Unis, un fournisseur n'avait pas besoin d'imposer directement un prix de vente, il lui suffisait de refuser de vendre tant que le prix de revente ne le satisfaisait pas, contournant ainsi l'infraction *per se*. Au total, on ne peut pas comparer le droit communautaire et le droit américain sans approche globale. Toutefois, *in fine*, il y a bien une différence théorique entre *per se* et objet. La théorie est donc relativement claire. Dans la pratique, la différence entre objet et *per se* est plus ambiguë.

En effet, en 2014, la Commission européenne a publié une notice sur les infractions par objet⁶. Elle y souligne « *que les restrictions par objet ont peu de chances de remplir les quatre conditions⁷ requises par l'article 101(3)* » Or, en l'absence d'application de l'article 101-3 TFUE, la restriction par objet devient une infraction *per se*. L'examen montre que la Commission n'a jamais mis en application l'article 101-3 depuis 2003, année marquant la suppression du régime de notification des accords. Il n'y a eu aucun cas, qu'il s'agisse d'une restriction par objet ou par effet.

Peut-être les cas exemptables ont-ils été stoppés en cours de procédure ? Cela serait regrettable en termes de politiques de la concurrence puisque l'un des avantages de la restriction par objet est d'envoyer des signaux aux acteurs.

Au total, depuis 10 ans la différence entre *per se* et objet est restée uniquement théorique.

Graphique 2 : application de l'article 101 TFUE par la Commission depuis 2003



DISCUSSION DE THIERRY DAHAN

Il faut souligner que l'exemption, si elle n'a pas été pratiquée par la Commission, l'a été par l'Autorité de la concurrence, avec une validation de la Cour d'appel de Paris.

Par ailleurs, l'intérêt principal du mécanisme d'exemption (101-3 TFUE) est de s'appliquer aux restrictions par objet. En effet, s'il n'est utilisé que pour exempter des infractions par effet, le système est proche d'une analyse globale comme dans le cas de l'abus de position dominante.

⁵ Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. 551 U.S. 877 (2007)

⁶ *Guidance on restrictions of competition "by object"*, C(2014) 4136 final, 25 juin 2014

⁷ Pour être exemptable au sens de l'article 101-3 TFUE, une pratique doit 1/ contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, 2/ réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, 3/ ne pas imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, 4/ ne pas donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

La politique de la concurrence menée en Europe assume-t-elle que dans certains cas la coopération est meilleure que la concurrence ? Si elle ne l'assume pas, une partie du Traité ne trouve plus à s'appliquer. Or, si cela figure dans le traité, il faut l'assumer et le dire, car le tarissement de cas est dommageable pour le juge. L'exemple le plus célèbre où la coopération aurait apporté un progrès économique que la concurrence ne pouvait pas apporter est celui des cartes bancaires⁸.

INTERVENTION DE PATRICK REY

Les règlements d'application de l'article 101-3 TFUE, ou règlements d'exemption (cf. ci-dessous) énoncent des restrictions caractérisées, ou clauses noires⁹, qui non seulement sont généralement considérées comme des restrictions par objet, mais sont en pratique traitées de manière très proche d'une illégalité *per se*, même si formellement une telle illégalité n'apparaît pas dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence. Ainsi par exemple, les lignes directrices sur les accords verticaux¹⁰, c'est-à-dire les accords entre un fournisseur et un distributeur, indiquent, paragraphe 47 : « *Lorsqu'une telle restriction caractérisée est incluse dans un accord, il est présumé que cet accord relève de l'article 101, paragraphe 1. Il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3* ». « *Toutefois, les entreprises ont la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu de l'article 101, paragraphe 3, dans un cas donné* ».

Si la dernière phrase semble ouvrir la porte à une possible défense en termes d'efficacité, la phrase qui la précède indique clairement que cette porte n'est pas grande ouverte. Je présenterai néanmoins deux exemples suggérant qu'elle n'est toutefois pas complètement fermée. Ces exemples portent sur deux catégories classiques de restrictions caractérisées, à savoir, les prix de revente imposés (RPM) et la limitation d'importations parallèles.

1. Application des lignes directrices de la Commission au cas des prix de revente imposés

Considérons un exemple hypothétique de prix de revente imposés. Le prix de vente est fixé en amont par le fournisseur d'un bien ou service à la place du distributeur. Il s'agit d'une pratique généralement considérée comme contraire au droit de la concurrence. Les lignes directrices indiquent concernant ces accords que :

- paragraphe 223 : rappel de la présomption : ces accords « *sont considérés comme des restrictions caractérisées. Si un accord inclut des prix de vente imposés, cet accord est présumé restreindre la concurrence, et donc relève de l'article 101, paragraphe 1. Il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, auquel cas l'exemption par catégorie ne s'applique pas* »
- paragraphe 224 : sept effets anticoncurrentiels de ces accords sont énoncés.
- paragraphe 225 : en sens inverse, trois types de gains d'efficacité sont cités.

Prenons l'exemple d'un fabricant lançant un nouveau produit, dont le cycle de vie est de 5 ans. Il met en place une campagne de promotion de 3 mois pour le lancer. Toute une série de services de démonstration sont mis en œuvre. Le distributeur doit prendre à sa charge l'aménagement du point de vente et embaucher des démonstrateurs. Le producteur met à disposition des produits tests. À cet accord s'ajoute une clause de prix de vente imposé pour préserver une marge minimum pour le

⁸ C-67/13, Groupement des Cartes bancaires

⁹ Règlement (UE) No 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 :

Article 2 : **Exemption** : « *l'article 101, paragraphe 1, du traité est déclaré inapplicable aux accords verticaux.* »

Article 4 : Restrictions retirant le bénéfice de l'exemption par catégorie — **restrictions caractérisées** « *L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui (...) ont pour objet : a) de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente (...); b) de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels (...); c) de restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché* »

¹⁰ Lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01)

distributeur afin de récompenser son effort de démonstration, dont il prend en charge les coûts. Il s'agit d'une restriction caractérisée.

Selon le paragraphe 224, cet accord est susceptible de soulever les problèmes de concurrence suivants :

Problèmes soulevés par l'accord selon le paragraphe 224 des lignes directrices	Applicabilité au cas étudié
Un prix unique, en rendant le marché plus transparent, peut faciliter la collusion sur le marché amont.	Dans le cas étudié, cela semble peu probable : la mesure n'est adoptée que par un seul producteur pour une durée très limitée.
Il peut faciliter la collusion en aval (les distributeurs d'un cartel peuvent demander au producteur de leur fixer un prix élevé).	Ce problème ne se pose pas ici dans la mesure où un seul producteur est concerné, et de plus la mesure a une durée limitée.
Il peut atténuer la concurrence en amont.	Ce risque est plutôt associé à des mesures de type restrictions territoriales ou exclusivité ; un contrôle direct sur les prix de revente tend au contraire à rendre la concurrence entre producteurs plus frontale et, de ce fait, plus intense.
Il peut contribuer à maintenir un prix de vente élevé sur le marché de détail.	La durée limitée de l'accord écarte ce risque.
Il peut empêcher l'entrée d'un concurrent sur le marché amont.	La durée limitée de l'accord écarte ce risque.
Il peut empêcher l'entrée de nouveaux distributeurs.	La durée limitée de l'accord écarte ce risque.

Au total, aucun des problèmes soulevés par les lignes directrices ne s'applique à notre exemple. *A contrario*, parmi les trois arguments d'efficacité du paragraphe 225, deux sont pertinents ici :

- dans le cadre du lancement d'un nouveau produit, le prix imposé peut permettre d'augmenter les efforts des distributeurs en faveur du succès de ce lancement ;
- il existe un risque de parasitisme des distributeurs fournissant les services de démonstration par les distributeurs ne le fournissant pas, qui peuvent pratiquer des prix inférieurs. Les clients peuvent alors se renseigner chez les premiers et acheter chez les seconds. La pratique du prix de vente imposé uniforme pendant la période de promotion permet d'éliminer ce risque.

Au total, le bilan n'est pas de sept inconvénients contre trois avantages mais plutôt d'aucun inconvénient contre deux avantages, car, **dans ce cas d'espèce, les gains d'efficacité sont crédibles.**

J'ai eu connaissance d'un cas de ce genre dans lequel la Commission a commencé à instruire le dossier, puis, après plusieurs réunions, a clos le dossier sans décision d'exemption. On ne se sait pas quels facteurs ont joué dans sa décision : ainsi par exemple, si un autre producteur conclut un accord mais pour un produit dont le cycle de vie est différent, disons de 7 ans, il est difficile d'anticiper ce que sera la décision de la Commission. L'argument d'efficacité semble toutefois avoir été pris en compte, puisqu'il n'y a pas eu de décision négative de la part de la Commission. Il serait cependant utile de disposer dans ce cas d'une décision positive, éclairant les entreprises sur les facteurs à prendre en compte.

2. Cas des importations parallèles

Un autre exemple d'accord vertical est celui de la limitation des importations parallèles. Depuis l'arrêt *Consten et Grundig* (1966)¹¹ toute pratique visant à interdire, empêcher, limiter les possibilités d'importations parallèles est considérée contraire à l'esprit du traité. Des clauses contractuelles ne

¹¹ Arrêt de la Cour du 13 juillet 1966. - Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission de la Communauté économique européenne. - Affaires jointes 56 et 58-64.

peuvent pas viser à maintenir des frontières. Il s'agit d'un cas où le fabricant Grundig, initialement présent en Allemagne, avait passé des accords donnant l'exclusivité à des importateurs dans les différents pays européens où il souhaitait s'implanter. Ces accords stipulaient l'interdiction de revente dans d'autres pays. Cette clause a été attaquée. Grundig la défendait en soulignant qu'il en avait besoin pour s'implanter à l'étranger. La Cour a toutefois estimé que cette pratique était contraire au traité en raison d'une segmentation des marchés.

J'ai eu l'occasion d'être impliqué dans le cas Glaxo Spain. La société Glaxo Welcome (aujourd'hui GlaxoSmithKline) avait passé des accords avec des grossistes, notamment en Espagne.

Les médicaments vendus par Glaxo sont généralement l'objet de prescriptions et sont pris en charge par les systèmes de santé. Il se trouve qu'en Espagne, les prix des médicaments sont particulièrement bas par rapport aux autres pays européens. Glaxo avait donc envisagé de mettre en place un système de *dual pricing*. L'accord avec ses grossistes en Espagne stipulait ainsi que les médicaments à destination du marché espagnol étaient vendus à un prix inférieur à ceux réexportés dans d'autres pays. Glaxo a notifié cet accord (le régime de notification s'appliquait encore car c'était avant 2003). La Commission a considéré en 2001 que cet accord était incompatible avec l'article 101 TFUE.

Les débats de cette audience m'ont interpellé. La présentation du cas par la Commission n'a duré que quelques minutes et peut se résumer ainsi : puisqu'il s'agissait de limiter les importations parallèles, l'accord était réputé contraire au traité. Glaxo a demandé un recours devant le Tribunal de l'UE.

L'argumentaire de Glaxo était le suivant : les prix des médicaments sont directement ou indirectement fixés par les autorités publiques, ainsi que les volumes. Du point de vue économique, le client est le système de santé, c'est-à-dire l'État, à la charge du contribuable. Lorsqu'il doit déterminer le prix, l'État doit considérer le coût (argument budgétaire) mais également l'innovation et l'investissement des entreprises pharmaceutiques (qui est un bien public). Accepter un prix plus élevé a certes un coût budgétaire à court terme, mais peut encourager et permettre aux entreprises d'innover et d'investir davantage en recherche et développement, afin de disposer de meilleurs traitements dans le futur. Ainsi, différents pays peuvent faire des arbitrages différents entre la vision de court-terme et la vision de moyen-long-terme. Des pays abritant les laboratoires peuvent typiquement s'orienter plus facilement sur cette dernière.

Dans ce contexte, si on ne peut pas limiter les importations parallèles, les pays qui choisissent les prix les plus bas imposent unilatéralement leur décision aux autres États membres et dictent donc une partie de leur politique de santé. Ceux qui seraient disposés à mettre plus de poids sur le long terme ne peuvent pas le faire. Glaxo mettait en avant le fait que, dans cette situation, tous les pays sont perdants :

- les pays prêts à payer plus cher leurs médicaments sont bridés dans leurs choix de politique de santé ;
- les autres ne bénéficient plus des contributions des premiers en matière d'innovation.

Le Tribunal, à l'examen de cet argumentaire, a rappelé que l'infraction par objet nécessite un rappel du contexte, et indiqué que, même si l'objet de la clause de *dual pricing* était de restreindre les importations parallèles, il ne s'en suivait pas automatiquement qu'il y avait restriction de concurrence, en raison de l'existence de ces différentes régulations nationales.

Par ailleurs, de manière intéressante, le Tribunal a souligné que l'objectif de la politique de concurrence était de se préoccuper de l'impact que les différentes pratiques pouvaient avoir *in fine* sur le consommateur final. Cette définition était une heureuse surprise du point de vue des économistes.

Concernant l'infraction par objet, le Tribunal a confirmé la restriction, mais par effet. Il a souligné que la Commission n'aurait pas dû ignorer l'argumentaire de Glaxo, et aurait dû y répondre. La Commission doit appliquer l'article 101-3 TFUE et, si des arguments sont présentés en défense, elle doit les analyser et y répondre. La décision de la Commission a donc été annulée.

La Commission s'est pourvue devant la Cour. La Cour a rejeté l'idée que l'objectif de la politique de la concurrence était dominée par le souci du bien être des consommateurs, et a mis en avant au contraire un objectif visant à maintenir la structure de marché et la concurrence en tant que telle.

La Cour s'est inscrite en désaccord avec le Tribunal en considérant que l'accord constituait bien une restriction par objet. Elle a souligné toutefois que la Commission doit examiner l'application de l'article 101-3 TFUE et ne peut pas ignorer l'argumentaire qui est présenté, même dans le cadre d'une restriction par objet, et annulé la décision de la Commission.

L'affaire a commencé avant le règlement du Conseil n°1/2003 et l'arrêt de la Cour a eu lieu en 2009. Toutefois, après le renvoi du dossier à la Commission, celle-ci n'a pas poursuivi ses investigations et, en 2014, a officiellement rejeté la plainte déposée (en 1999) par les grossistes espagnols contre ce système de *dual pricing*.

Deux leçons sont à tirer de cet arrêt :

- même en cas de restriction par objet, y compris de restriction caractérisée comme la limitation des importations parallèles, une pratique peut être exemptée au titre de l'article 101-3 si elle en respecte les quatre conditions ;
- un des bénéficiaires du règlement 1-2003¹² qui a supprimé la notification des accords était d'indiquer que la notification n'était plus obligatoire pour bénéficier de l'exemption. En pratique toutefois, il n'y a plus d'exemptions. Je rejoins Jérôme Philippe et Thierry Dahan sur ce point. Certes, il y a des exemptions de fait, au sens où certains cas ne sont pas ouverts, et d'autres sont clos sans faire l'objet d'une décision ; des décisions positives seraient toutefois utiles pour construire la jurisprudence et éclairer les entreprises sur les pratiques admissibles.

DISCUSSION PAR THIERRY DAHAN

Il se trouve que nous sommes en séance du séminaire Philippe Nasse. Or, lorsque le cas des importations parallèles s'est présenté en France c'est Philippe Nasse qui a présidé la section du conseil de la concurrence qui a traité la question. Et la France a exempté, non pas le cas du *dual pricing* espagnol, mais un système alternatif. C'est bien un dispositif de restriction voire de tarissement des importations parallèles qui était mis en place en France dans un cadre d'exemption de fait, par le biais d'un système de quotas complexe pour lequel il aurait été plus simple de mettre en œuvre directement un système de double prix (qui n'a pas pu être utilisé car le cas Glaxo était pendant). La question de l'infraction par objet et celle de l'exemption sont liées car la première apparaît d'autant plus rigide que la souplesse apportée par la seconde est délaissée.

Cette décision d'acceptation d'engagements de 2005¹³ qui est en fait une décision d'exemption implicite a suivi le même raisonnement que celui développé par Patrick Rey : dès lors qu'il existe des systèmes de sécurité sociale différents, ce qui restreint le marché n'est pas l'accord vertical en cause mais l'existence de ces différents systèmes de sécurité sociale.

Admettons qu'il existe un prix catalogue d'un médicament mis en vente en Europe mais que ce prix est négociable avec chaque client. On constate qu'un prix a été négocié à 60 en France, 80 au Royaume-Uni, 40 en Espagne avec à chaque fois un client unique qui est le système de sécurité sociale national. Présenté ainsi, il n'y a plus de *dual pricing*, ni discrimination envers les exportateurs parallèle qui travaillent hors du système de sécurité sociale. La pratique présentée comme une restriction par objet paraît alors exemptable car elle remplit assez facilement toutes les conditions d'exemption. Cette difficulté de mener des raisonnements sur l'objet est bien identifiée : l'absence de décision d'exemption depuis 2004 supprime la souplesse du TFUE permise par le régime d'exemption (101§3) qui permet de pallier l'absence de règle de raison (mécanisme issu de la *common law*). Cette

¹² Règlement CE n° 1/2003 du Conseil européen du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité

¹³ Décision n° 05-D-72 du 20 décembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par divers laboratoires dans le secteur des exportations parallèles de médicaments

rigidité met en difficulté la première étape du raisonnement en la dramatisant de manière excessive car, dans ce cadre, si une pratique est qualifiée de restriction par objet, alors c'est une infraction quasi automatique. Ce manque de flexibilité met également le juge en difficulté. Ce point commence à être bien identifié aujourd'hui.

Jérôme Philippe va maintenant présenter ce que la succession des contentieux permet de dire sur l'état actuel du sujet.

PARTIE II - Comment comprendre les décisions successives des différentes juridictions concernant l'infraction par objet ?

INTERVENTION DE JEROME PHILIPPE

A. Les origines et l'intérêt de la restriction par objet

Avant de poursuivre, je souhaite réagir rapidement à l'analyse qui précède. **Je suis très réticent quant à l'application de l'infraction par objet aux pratiques verticales. Économiquement, elle est contestable car ces dernières sont par nature ambiguës et leur impact dépend de nombreux éléments.** Citons par exemple l'article de Patrick Rey et Jean Tirole¹⁴, un des plus référencés du domaine, qui explique très bien que les restrictions verticales ont un effet de coordination dans la filière verticale, qui peut être très positif, des effets d'incitation permettant de résoudre des questions d'aléa moral et, dans certains cas, des potentialités de restriction de la concurrence.

Ces effets peuvent arriver de façon entremêlée avec les accords verticaux. Lorsqu'on parle de la restriction de la concurrence, il peut s'agir de concurrence inter-marque ou intra-marque, qui sont de nature différente, l'une pouvant compenser l'autre. Et, effectivement, pour un objectif donné, plusieurs pratiques peuvent être envisagées (fixation des prix, des quantités, territoires exclusifs, etc.). Il semble peu approprié d'englober ces pratiques au sein de restrictions par objet alors que ce domaine est par nature propice à une analyse au cas par cas quant aux effets sur le marché.

Pour revenir à la question posée, et afin d'illustrer l'évolution de la jurisprudence en matière d'infraction par objet, je prendrai une métaphore nautique : une longue dérive puis un coup de barre.

Les origines de la jurisprudence ont déjà été discutées ci-dessus, il s'agit notamment des arrêts LTM et Grundig et Consten. Ensuite, comment la jurisprudence a-t-elle dérivé ? Pourquoi ?

Rappelons tout d'abord ce qui constitue initialement l'analyse nécessaire à caractériser une infraction par objet :

- a) le fait de considérer la restriction par objet doit résulter des clauses de l'accord (écrit ou non), compte tenu du contexte économique ;
- b) un degré suffisant de nocivité est nécessaire.

Cette vision a été détaillée plus précisément dans un document de la commission 27 avril 2004¹⁵, donc avant la « dérive ». La Commission y fournit une grille de lecture.

- « *Les accords ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sont ceux qui, **par nature, ont la capacité de le faire*** ».
- « *Il s'agit de restrictions qui, au regard des objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence, sont **tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence** qu'il est inutile, aux fins de l'application de l'article 81 paragraphe 1, de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché.* ».
- « *Cette présomption repose sur **la gravité de la restriction et sur l'expérience** qui montre que les restrictions de concurrence par objet sont susceptibles d'avoir des effets négatifs* ».

Deux piliers valent la peine d'être détaillés : l'expérience et la gravité. L'expérience nécessite une analyse des pratiques après les avoir observées et évaluées ainsi qu'une pratique décisionnelle montrant que le type d'accord entraîne une réduction de concurrence. La gravité implique l'existence d'un effet négatif sensible. Ces deux piliers sont très importants et exigeants.

On trouve un bon résumé de la notion d'origine dans une procédure engagée en 1982, IAZ Belgique¹⁶ : pour apprécier l'objet anticoncurrentiel d'un accord, il convient de s'attacher à la teneur de ses

¹⁴ Rey, P., & Tirole, J. (1986). The logic of vertical restraints. The American Economic Review, 921-939.

¹⁵ Communication du 27 avril 2004 sur l'application de l'article 81 paragraphe 3

dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre au moment où il est conclu, au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. L'intention des parties peut être prise en compte, mais ce n'est pas obligatoire. Cela sous-entend que l'intention peut être prise en compte uniquement à charge.

Il y avait donc au départ une définition assez précise de l'infraction par objet, notion qui a des avantages en termes de politique de la concurrence, ainsi que rappelé par l'avocat général Wahl dans l'affaire des cartes bancaires¹⁷. Il fait une analyse rétrospective et indique ce que doit être la politique relative à l'infraction par objet. Cette dernière doit être :

- i. **une source de prévisibilité**, et donc de sécurité juridique. En effet, puisque l'on a des catégories qui ont donné lieu à expérience, elles sont traitées par objet et les opérateurs peuvent l'anticiper. C'est un but de pédagogie qui fait particulièrement sens depuis la fin du régime de notification en 2003, puisqu'il faut maintenant faire sa propre analyse. L'infraction par objet permet de passer des messages aux opérateurs.
- ii. **une économie procédurale**.

Mais il y a un risque : tous ces avantages ne se manifestent que si la notion de restriction par objet est très précisément définie et circonscrite. Sinon « *cela pourrait aboutir à englober des comportements dont les effets nocifs sur la concurrence ne sont pas clairement avérés* ». Ces cas de faux positifs reviennent à **sanctionner des cas pour lesquels on n'a pas apporté la preuve de la nocivité de la pratique**. Pour bénéficier des effets bénéfiques de la restriction par objet, il en faut donc une définition très claire.

B. La dérive en matière de restriction par objet

1. L'arrêt Beef Industry (2008)

La dérive a commencé au milieu des années 2000 et s'est arrêtée il y a un an environ. Elle a consisté en **l'élargissement incontrôlé de la notion de restriction par objet**.

Un des arrêts importants en la matière est l'arrêt Beef Industry de 2008¹⁸. Il s'agissait de réductions coordonnées de capacité visant à remédier à une situation de surcapacité. L'arrêt souligne que le fait que les objectifs soient légitimes n'est pas forcément une excuse. On constate que l'on s'affranchit de l'examen du contexte, ce qui est déjà un peu surprenant. De plus, l'arrêt indique que « *ce type d'accords se heurte de manière patente à la conception inhérente aux dispositions du traité CE relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre* ». « *L'article 81, paragraphe 1, CE vise en effet à interdire toute forme de coordination qui substitue sciemment une coopération pratique entre entreprises aux risques de la concurrence.* »

Dans cet arrêt, la notion de degré de nocivité suffisant a disparu, puisqu'il est question de toute pratique. Le mot « sciemment » introduit un nouveau critère, un critère d'intention, qui n'existait pas initialement. Enfin, il n'est pas fait mention de l'expérience des cas passés. Le critère de l'expérience est donc abandonné. En quelques mots, l'éloignement par rapport à la jurisprudence initiale est patent.

Les conclusions de l'avocat général Trstenjak sont les suivantes : « *la catégorie des restrictions par objet ne peut être réduite aux accords qui restreignent la concurrence de manière évidente* ». On n'est plus du tout dans le « *tellement susceptible de* » de l'analyse de 2004. L'avocat général Trstenjak parle du contexte, mais souligne que la qualification en tant que restriction par objet « *ne saurait dépendre du fait que cet objet est reconnaissable du premier coup d'œil ou* » au contraire qu'il soit nécessaire d'analyser les circonstances et la volonté des parties.

¹⁶ 96/82, IAZ International Belgium, 8 nov. 1983

¹⁷ C-67/13, Groupement des Cartes bancaires, Conclusions de l'Avocat Général Wahl du 27 mars 2014

¹⁸ Arrêt de la Cour (troisième chambre) du 20 novembre 2008. Competition Authority contre Beef Industry Development Society Ltd et Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd. Demande de décision préjudicielle: Supreme Court - Irlande.

Cet arrêt de fin 2008 marque déjà un décalage très fort par rapport à la pratique d'origine.

2. L'arrêt T-Mobile (2009)

L'autre arrêt important en la matière est l'arrêt T-mobile de mi-2009. Il porte sur des échanges d'informations. Toutefois, il n'y avait eu qu'un seul contact, et non un échange régulier. Mais, selon l'arrêt, « pour avoir un objet anticoncurrentiel, il suffit que la pratique concertée soit susceptible de produire des effets négatifs ». Il n'y a donc plus du tout besoin d'un degré de nocivité suffisant. L'échange d'information est jugé par nature contraire au principe que chacun doit déterminer sa politique de manière autonome : « l'échange d'informations entre concurrents est susceptible d'être contraire aux règles de concurrence lorsqu'il atténue ou supprime le degré d'incertitude ». L'arrêt conduit à interdire purement et simplement l'échange d'informations puisqu'« il y a lieu de considérer comme ayant un objet anticoncurrentiel un échange d'informations susceptible d'éliminer des incertitudes dans l'esprit des intéressés ». Il s'agit d'une interprétation extrêmement large.

L'avocat général Trstenjak précise que « certes, une interprétation par trop extensive de la notion (...) est à éviter, (...) il ne faut cependant pas non plus donner (...) une interprétation excessivement stricte » de l'infraction par objet. De plus, selon l'avocat général, l'absence d'effet n'est pas une défense et l'interdiction de l'infraction par objet ressemble au délit de mise en danger du droit pénal. On retrouve bien les conséquences de cette analyse dans l'arrêt.

Initialement, un corpus d'expériences était nécessaire pour déterminer les pratiques restrictives de concurrence. *In fine*, on y a substitué une norme qui fixe ce qui est bien et mal. L'avocat général va plus loin : « Cette exigence d'autonomie s'oppose à toute prise de contact directe ou indirecte entre des opérateurs économiques » qui soit de nature à influencer leur comportement. À ce stade, tout échange est une infraction. Cette plaidoirie souligne enfin que, même lorsqu'il ne s'agit pas d'un échange, la divulgation d'information est interdite. Est évoqué le cas où une entreprise informe unilatéralement de marché de ce qu'elle compte faire. Il s'agit alors aussitôt d'une infraction par objet.

Nous avons dans cet arrêt et dans la plaidoirie de l'avocat général une interprétation incroyablement large de l'infraction par objet : un article dans les Echos peut par exemple être caractérisé d'infraction par objet.

3. Les règlements d'exemption par catégories et leurs restrictions caractérisées

Une deuxième source de dérive se trouve dans les règlements d'exemptions par catégories. Le Conseil a habilité par un règlement de 1965 la Commission à prendre des règlements conférant automatiquement une exemption sous l'article 101-3¹⁹. Ce sont les règlements d'application de l'article 101-3 TFUE. Le Conseil n'habilite toutefois pas la Commission à prendre des règlements déclarant qu'un comportement donné est contraire à l'article 101-1 TFUE.

Ces règlements donnent des critères généraux d'exemption (parts de marché, etc.) et des clauses noires ou « restrictions caractérisées » qui retirent le bénéfice du règlement d'exemption. Toutefois, un accord qui perd le bénéfice de l'exemption par catégorie peut toujours bénéficier de l'exemption à titre individuel. Dans les lignes directrices sur les accords verticaux en 1999²⁰, le fait de ne pas bénéficier du règlement d'exemption n'emportait pas de présomption sur l'illégalité de l'accord²¹. C'était en 1999, avant la dérive dont nous parlons.

Dans les lignes directrices de 2004 sur l'application du 101-3²², la Commission écrit que, « en règle générale, la Commission considère comme des restrictions par objet celles qui sont interdites dans les règlements d'exemption par catégorie ou sont définies comme étant des restrictions caractérisées ».

¹⁹ Règlement du Conseil 19/65/EEC du 2 mars 1965 modifié : « conformément à l'article 81, paragraphe 3, du traité, la Commission peut déclarer par voie de règlement que l'article 81, paragraphe 1, n'est pas applicable à » certaines catégories d'accords.

²⁰ Lignes directrices sur les restrictions verticales (2000/C 291/01)

²¹ « Absence de présomption d'illégalité pour les accords n'entrant pas dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie »

²² Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, 27 avril 2004

Cette position pose de nombreux problèmes. Que fait-elle de l'expérience nécessaire pour caractériser l'infraction par objet ? En effet, dans le règlement d'exemption, **les restrictions caractérisées ne sont pas justifiées par l'existence d'une expérience montrant qu'une pratique donnée est néfaste. Elles sont justifiées par l'importance d'examiner au cas par cas certaines pratiques qui ne doivent donc pas être systématiquement exemptées (par catégorie)**. Or, la Commission dit désormais qu'une restriction caractérisée est une restriction par objet. Cette position est aux antipodes de la définition de la restriction par objet.

De plus, la Commission n'est pas habilitée par le Conseil à indiquer des listes de pratiques qui sont des infractions. La caractérisation d'une infraction doit rester un examen au cas par cas. Or, par ces simples notices, les lignes directrices, un certain nombre de pratiques deviennent *de facto* des infractions par objet.

Cette position va se manifester dans l'affaire Pierre Fabre²³. Initialement, il s'agit d'un cas de vente par internet par les détaillants d'un réseau de distribution sélective, les pharmaciens. Pierre Fabre exige la présence d'un pharmacien pour conseiller le client lors de la vente de ses produits et a donc refusé leur vente sur internet par les pharmaciens. Au cours de la procédure contentieuse, Pierre Fabre a refusé de prendre des engagements devant l'Autorité de la concurrence (ADLC) en France en demandant où était l'infraction, sachant par ailleurs qu'il s'agissait probablement d'une restriction caractérisée.

L'ADLC a donc appliqué les lignes directrices de la Commission. Elle en fait une analyse plus large mais le raisonnement bascule lorsque l'ADLC constate que s'applique la clause noire de « *limitation des ventes au sein d'un réseau de distribution sélective* » (clause noire de l'article 4 c) du règlement d'exemption sur les accords verticaux de 1999). Or, la Commission écrit que la restriction caractérisée implique une restriction par objet. Il ne reste donc ensuite qu'à débattre d'une éventuelle d'exemption, que Pierre Fabre n'aura pas. Cette décision a donné lieu à appel. Pour ce cas, la Cour d'appel de Paris a reçu un amicus Curiae de la Commission. La Commission y dit que « *toute interdiction générale et absolue de vendre en ligne des produits contractuels aux utilisateurs finals imposée dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81* ».

Ici tout est mélangé : restriction caractérisée, et restriction par objet, les deux notions sont assimilées. Ce document explique la formulation surprenante de la question préjudicielle que la Cour d'appel de Paris adresse à la CJUE. La question préjudicielle adressée elle la suivante : la pratique « *constitue-t-elle effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet ?* ». Cette approche a totalement quitté le domaine traditionnel de la restriction par objet, à tel point que la Cour de justice va devoir réécrire la question, constatant que cette formulation n'a pas de sens. Elle reformule le raisonnement.

- Elle souligne d'abord que l'article 101 ignore la notion de restriction caractérisée.
- Ensuite, elle indique que la bonne manière d'envisager la question est la suivante :
 - est-ce une restriction par objet ?
 - est-elle exemptable par catégorie ?
 - est-elle exemptable individuellement ?

La reformulation de la question n'évoque pas de restriction caractérisée. Ce recadrage est plus que bienvenu.

Cette position de la Cour a amené la Commission à assouplir la formulation de ses nouvelles lignes directrices sur les accords verticaux, en cours de rédaction à l'époque.

Toutefois, la CJUE conclut qu'il s'agit d'une restriction par objet et introduit un nouveau critère relevant que « *de tels accords influencent nécessairement la concurrence* », et « *sont à considérer à*

²³ ADLC, Décision n°08-D-25 du 29 octobre 2008

défaut de justification objective en tant que restrictions par objet ». Ce nouveau critère de la justification objective, il n'est pas dit comment l'articuler avec l'examen du contexte. On ne retrouvera d'ailleurs pas ce terme dans d'autres arrêts, à ma connaissance. En réalité, ce terme vient d'un autre arrêt de la CJUE sur la liberté de circulation, qui ne concerne pas le droit de la concurrence. Donc la Cour de justice apporte une clarification mais ajoute un critère qui n'a rien à voir avec la notion d'origine d'infraction par objet.

4. La Cour d'appel de Paris reste plus proche de la notion initiale de restriction par objet

Au même moment, la Cour d'appel résiste à cette dérive en rendant un arrêt très important dans l'affaire des images chèques²⁴ annulant ainsi une décision d'amende importante donnée par l'ADLC à l'ensemble des grandes banques.

L'affaire naît de la possibilité de mettre en place une image numérique des chèques permettant d'éviter d'échanger les chèques papier entre banques. Cette pratique permet un traitement plus rapide. Toutefois, de ce fait, la banque de l'émetteur du chèque doit verser plus tôt le montant du chèque et perd donc de la trésorerie. Or certaines banques sont majoritairement des banques de tireurs de chèques et d'autres de tirés. Accélérer le traitement des chèques fait donc des gagnants et perdants. Pour éviter cette situation, un accord entre les banques est nécessaire. Notons qu'*in fine* le système est positif puisque le traitement est plus rapide et moins coûteux. Mais il nécessite de créer un système de compensation interbancaire des pertes moyennes de trésorerie des banques tirées sous forme d'un paiement des banques tireuses aux banques tirées.

La décision de l'ADLC condamnait la hausse artificielle du coût du traitement des chèques et son influence potentielle sur les prix finaux - notons que les banques ne se sont jamais accordées pour la répercuter dans les prix. Les banques sont condamnées pour infraction par objet. La Cour d'appel de Paris annule ensuite cette condamnation : l'examen du contexte conduit à la conclusion qu'il était nécessaire de rééquilibrer la trésorerie pour que l'ensemble des banques adhèrent au nouveau système d'image chèque. L'alternative aurait été de ne jamais traiter les images chèques avant un délai de 48 heures afin de retarder leur traitement et rétablir la situation *ante*, ce qui était évidemment préjudiciable aux clients et supprimait tout le bénéfice pour eux de l'amélioration technologique. *In fine* la Cour d'appel a considéré que la clause est indissociable d'un accord plus large, et a validé l'accord. Elle revient ainsi à un pilier en analysant l'accord « *au regard de la nécessité mentionnée par la Commission (...) de rechercher (...) l'existence d'une expérience établie* ». Or, il n'y a pas d'expérience claire d'un cas de ce type. Donc pas d'infraction par objet. La Cour d'appel mentionne deux éléments importants, d'abord le caractère biface (émission et réception des chèques) et la nécessité d'avoir un système multilatéral. La Cour d'appel reste ainsi fidèle à la notion traditionnelle d'infraction par objet.

Je citerai un autre cas concernant des faits très différents : l'affaire des Farines « Francine » (France Farine)²⁵. Il s'agissait d'un système mettant en place une commercialisation commune par les meuniers, lourdement sanctionné par l'ADLC²⁶. L'accord stipulait que les commandes étaient répercutées vers le meunier le plus proche. L'ADLC a considéré que cette pratique était un partage de marché, donc une infraction par objet. Toutefois, à l'époque, les prix étaient fixes et d'autre part la demande provenait de cinq ou six grandes centrales d'achat nationales, nécessitant une organisation pour répondre de façon groupée aux grosses commandes. La Cour d'Appel valide donc l'accord sur la base du contexte économique et juridique.

Le Tribunal de l'UE nie également la restriction par objet dans le cas de l'accord de Glaxo (*dual pricing*). Il reste sur une notion plus traditionnelle de restriction par effet. Dans l'arrêt T-mobile, l'avocat général Trstenjak souligne que le « libellé [du point 147 du Tribunal] prête fort à confusion ». Le désaccord entre la Cour et le Tribunal va jusqu'à l'incompréhension.

²⁴ Arrêt 2010/20555 du 23 février 2012

²⁵ Pour la Cour d'appel : arrêt du 20 novembre 2014 sur la farine en sachets

²⁶ Décision 12-D-09 rendue le 13 mars 2012 par l'ADLC.

5. *Le cas charnière qui marque la fin de la dérive en matière d'infraction par objet : l'affaire des cartes bancaires*

Le Tribunal s'aligne finalement sur la conception de la Cour, ce qui donne lieu au cas charnière : l'arrêt des cartes bancaires du Tribunal²⁷. Ce dernier valide la restriction par objet.

Comme dans le cas de l'image chèque, il s'agit d'un marché biface avec une commission d'équilibrage entre les deux faces. Le Tribunal indique qu'« *un accord peut être considéré comme ayant un objet restrictif même s'il n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également d'autres objectifs légitimes.* » et qu'« *il n'y a pas lieu d'interpréter la notion d'infraction par objet de manière restrictive* ». Il y a donc une absence totale de prise en compte par le tribunal du caractère biface, cf. le séminaire Philippe Nasse du 13 décembre 2012 sur les marchés biface où nous intervenions déjà avec Patrick Rey et où nous avions critiqué cet arrêt du Tribunal.

C'est dans cette affaire que la Cour va donner un coup de barre (ou de bâton) qui va mettre fin à cette dérive, reconnaître qu'il y en a eu une, qu'elle doit cesser, et revenir à une définition plus traditionnelle de l'infraction par objet. En effet, l'avocat général Wahl souligne que :

« *[Les] avantages [de la restriction par objet] ne se manifesteront toutefois que si le recours à la notion de restriction par objet est clairement circonscrit, à défaut de quoi cela pourrait aboutir à englober des comportements dont les effets nocifs sur la concurrence ne sont pas clairement avérés. En dépit du fait que la jurisprudence ait pu, dans une certaine mesure, contribuer à rendre floue la ligne de démarcation entre les notions respectives de restrictions par objet ou par effet, je suis d'avis que le recours à cette notion doit être plus clairement encadré.*

À mon sens, ce n'est que dans le cas où l'expérience montre qu'une restriction, en conformité avec l'analyse économique, est constamment prohibée qu'il apparaît raisonnable de la sanctionner directement, dans un souci d'économie procédurale. » Il faut bien noter que la restriction par objet n'exclut pas l'analyse économique. Le terme de « *constamment prohibé* » n'est pas repris par la Cour.

Dans les questions de systèmes de paiement interbancaire, bifaces, ayant fait l'objet de décisions des autorités de concurrence, des engagements conduisaient souvent à plafonner les montants en jeu. Or, si une pratique est *constamment prohibée*, elle l'est quels que soient les montants en jeu. Donc, lorsque l'infraction dépend des montants en jeu, ce ne peut être une restriction par objet.

L'avocat général Wahl ajoute :

« *Une extension non contrôlée des comportements tombant sous le coup des restrictions par objet est dangereuse sous l'angle des principes devant, en principe, régir l'établissement et la charge de la preuve de comportements anticoncurrentiels. La qualification d'entente restrictive par objet doit nécessairement être encadrée et ne viser, in fine, que celles qui présentent intrinsèquement un certain degré de nocivité.* »

Une autre de ses remarques en forme d'autojustification est intéressante et souligne l'intensité des débats au sein de la Cour :

« *Enfin, je souhaiterais rappeler qu'un tel encadrement ne revient pas à «immuniser» certains comportements, en les soustrayant à l'interdiction visée à l'article 81, paragraphe 1, CE.*

Dans le cas où (...) le recours à la notion de restriction par objet est écarté (...) L'autorité chargée du contrôle de la concurrence sera toujours en mesure de le censurer à l'issue d'un examen plus poussé de ses effets anticoncurrentiels réels et potentiels sur le marché ».

Il faut souligner un dernier point de fond dans l'apport de cet arrêt qui rappelle le critère de l'expérience et du degré de nocivité suffisant : une question particulièrement intéressante sur l'examen du contexte : « *la prise en compte du contexte économique et juridique dans la recherche d'un objet anticoncurrentiel doit [...] être clairement distinguée de la démonstration des effets anticoncurrentiels* »

²⁷ Tribunal de l'UE, T- 491/07, Groupement des cartes bancaires "CB" contre Commission européenne

« La prise en compte du contexte dans l'identification de l'objet anticoncurrentiel ne peut venir que conforter ou neutraliser l'examen des termes même de l'entente supposée. Elle ne peut nullement pallier l'absence d'identification effective d'un objet anticoncurrentiel par la démonstration des effets potentiels des mesures visées. » Ainsi, l'infraction ne peut donc pas venir du contexte. Le contexte est soit neutre, soit à décharge. Prendre le contexte à charge revient à mélanger l'objet et les effets. L'avocat général Wahl complète :

« le recours au contexte économique et juridique lorsqu'il s'agit d'identifier une restriction par objet ne peut aboutir à une qualification à charge des entreprises incriminées en présence d'un accord dont les termes ne révèlent pas de la nocivité du point de vue de la concurrence. »

L'avocat général met en place un garde-fou extrêmement important. En parallèle, dans les lignes directrices de la Commission, qui datent de 2014 (juste avant l'arrêt de la Cour sur les cartes bancaires), on retrouve des caractéristiques de la dérive. Bien entendu, les lignes directrices ont peu de poids par rapport à un arrêt de la Cour. Ces lignes dressent une liste de l'expérience acquise en termes de restriction par objet. Il n'est pas certain que tout serait validé par la Cour.

INTERVENTION DE PATRICK REY

1. Quelle approche en termes d'efficience de la procédure

Je vais revenir sur les principes économiques qui peuvent guider le choix entre objet et effet. Je vais rejoindre ici Jérôme Philippe et mettre en avant les types de pratiques de restrictions verticales qui sont susceptibles de rester des infractions par objet, avec un parallèle sur la dérive observée dans l'évolution de la mise en œuvre de l'article 101 TFUE –on observe une dérive semblable pour l'article 102 TFUE (abus de position dominante).

Pour chaque pratique, il faut mener une analyse coût-bénéfice. Pour faire écho avec ce qu'a dit Jérôme Philippe, les ententes horizontales entre concurrents et les ententes verticales ne sont pas de même nature. Dans le cas d'un accord entre un fournisseur et un client, il s'agit de biens et services complémentaires. À l'inverse dans le cas d'un cartel, le but est d'éliminer la concurrence entre biens substituables.

Améliorer la coordination dans la fourniture de biens et services complémentaires peut réduire le coût du service ou l'améliorer. Pour autant, les accords verticaux ne sont pas forcément exempts de problèmes anticoncurrentiels : ils peuvent receler des effets nocifs, notamment sur la concurrence entre structures verticales ; mais il y a une différence de degré par rapport aux accords horizontaux. **Alors que la coordination horizontale entre concurrents pose *a priori* un problème de concurrence, la coordination verticale peut aller dans le bon sens.**

L'approche minimisant *a priori* les coûts d'analyse est celle de l'illégalité *per se*, bien qu'elle puisse conduire les entreprises à la contourner, car ces dernières peuvent faire preuve d'imagination. En second lieu, il s'agit de la restriction par objet, assortie d'une possibilité d'exemption ; dans ce cas de figure, on supprime la charge de la preuve pour une des deux parties (l'accusation) tout en la maintenant pour l'autre (la défense qui recherche l'exemption de l'article 101-3 TFUE). Une partie du coût de procédure est donc supprimée. Le dernier cas de figure est celui où il y a une charge de la preuve des deux côtés ; c'est le cas de la restriction par effet de l'article 101-1 TFUE et de la possibilité d'exemption 101-3 TFUE.

Lorsqu'un fort degré de nocivité est établi, on peut effectivement éliminer la charge de la preuve. Il s'agit des cas où l'on est presque sûr que l'analyse trouverait bien un effet anticoncurrentiel. Supprimer la charge de la preuve n'aurait plus autant de sens sans ce critère de nocivité établie, car le système doit éviter les faux positifs.

Notons toutefois qu'en cas de sanction, l'analyse des effets reste nécessaire pour déterminer l'ampleur de cette sanction. L'approche par objet n'apporte alors qu'une fausse économie de procédure.

Par ailleurs, l'analyse par objet présente un deuxième inconvénient vis-à-vis des actions civiles privées. Le fait que l'autorité publique, avec des pouvoirs d'investigation plus importants, ne soit pas amenée à analyser les effets peut rendre plus difficiles les réparations et dommages.

2. *Les effets des restrictions verticales*

Les effets attendus des restrictions verticales sont divers. La discussion sera organisée ici en fonction des motivations et non des pratiques, car **plusieurs pratiques peuvent répondre à une même motivation**.

Soient deux fournisseurs de biens et services complémentaires : le fournisseur (producteur) et le distributeur (revendeur). Ils ont besoin l'un de l'autre et chacune de leurs décisions affecte les deux acteurs. Il est donc intéressant et utile pour eux de coordonner leurs décisions pour l'intérêt bien compris de tous (coordination verticale).

Notre premier exemple, sera la coordination sur les prix. Envisageons le cas d'une bouteille d'eau. Le distributeur doit choisir le prix de la bouteille, selon un arbitrage marge-volume. Mais ce dernier ne prend pas en compte l'effet de ses décisions sur les volumes produits par le fournisseur. Cette externalité conduit le distributeur à opter pour des volumes trop bas et des prix et marges trop élevés par rapport à l'intérêt conjoint des parties : rien n'est pire qu'un monopole sinon deux monopoles successifs. Les deux parties auraient collectivement intérêt à fixer un prix de détail inférieur. **Si l'on encourage les deux entreprises à résoudre ce problème de coordination, les profits augmentent mais également le surplus du consommateur. C'est un exemple type d'accord vertical avec convergence d'intérêt entre les entreprises et les consommateurs (ce n'est toutefois pas toujours le cas)**. La solution de coordination la plus évidente ici pour faire baisser le prix est de négocier directement le prix de détail grâce à des accords de prix de vente imposé (RPM). Le prix de vente est fixé par voie contractuelle, le prix de gros est négocié pour partager les marges.

Une autre possibilité pour parvenir à une bonne coordination est de recourir à des **prix de gros non linéaires**. Le tarif de gros contient alors deux composantes, dont une composante forfaitaire (droit de franchise). On peut alors atteindre une coordination optimale en fixant la composante non forfaitaire du prix de gros au niveau du coût du fournisseur, et en redistribuant les marges *via* la composante forfaitaire, le droit de franchise. Cette configuration est similaire au cas où le distributeur produirait lui-même au coût effectif de production de fournisseur.

Renforcer la concurrence entre distributeurs (concurrence intramarque) est une autre façon d'atteindre l'objectif puisqu'elle conduit à diminuer les marges du distributeur (marge aval). Toutefois, cette solution peut créer un risque de comportement opportuniste de la part du producteur, mis à jour par Oliver Hart et Jean Tirole²⁸ : la concurrence intramarque peut d'une certaine façon affecter les relations entre le fabricant et ses distributeurs et l'empêcher d'exercer son pouvoir de marché. Par ailleurs, dans l'article mentionné par Jérôme Philippe, avec Jean Tirole²⁹ nous avons étudié le cas où il existe des incertitudes sur les conditions de la demande et les coûts de distribution selon les points de vente. Les distributeurs sont alors les mieux placés pour connaître les situations auxquelles ils font face, ils connaissent mieux la demande. Cela pose la question du partage des risques, car le fabricant national est mieux placé pour prendre le risque que les distributeurs locaux. Le risque devrait donc être plutôt supporté en amont. La concurrence intramarque, en éliminant la marge aval, fournit une bonne assurance contre les risques mais n'utilise pas suffisamment l'information privilégiée du distributeur sur la demande. Elle induit typiquement une réaction trop forte des prix aux coûts et trop faible aux réactions de demande. À l'inverse, avec des territoires exclusifs, c'est-à-dire une absence de concurrence intramarque, l'information des distributeurs est parfaitement exploitée mais ces derniers portent une part de risque.

²⁸ Hart, O., & Tirole, J. (1990). Vertical integration and market foreclosure. *Brookings papers on economic activity, Microeconomics*, 205-286.

²⁹ Rey, P., & Tirole, J. (1986). The logic of vertical restraints. *The American Economic Review*, 76(5):921-939.

Dans ce même cadre, les prix de vente imposés transfèrent le risque au distributeur et ne lui permettent pas de s'adapter à la demande : il n'y a pas d'utilisation de l'information du distributeur.

Nous avons montré qu'en l'absence d'incertitude, les trois approches (imposition des prix de revente, concurrence intramarque, territoires exclusifs) sont équivalentes. Donc réprimer les pratiques de prix imposés n'est alors pas une bonne politique de la concurrence puisqu'il existe des pratiques alternatives équivalentes.

A contrario, en présence d'incertitude, les prix imposés sont dominés par l'une des deux autres approches, le meilleur choix dépendant du degré d'aversion au risque des distributeurs. Si leur aversion est forte, on opte pour la concurrence intramarque, dans laquelle le fournisseur supporte les risques. Si, au contraire, l'aversion au risque des distributeurs est faible, il vaut mieux favoriser l'utilisation de l'information décentralisée des distributeurs et donc opter pour un système de territoires exclusifs.

Nous montrions également dans cet article qu'en présence d'une telle incertitude sur les conditions locales de coût et de demande, il n'y a plus alignement complet du bénéfice des entreprises et des consommateurs : il y a une zone grise où, pour l'intérêt général et le consommateur, c'est la concurrence intramarque qui est préférable, alors que les entreprises favoriseraient l'attribution de territoires exclusifs. Toutefois, savoir où tombe l'optimum des entreprises et des consommateurs nécessite dans ces cas une analyse fine de données dont les autorités de concurrence ne disposent pas toujours. Dans l'ensemble, encourager les entreprises à résoudre ces problèmes de coordination a de grandes chances d'aller dans le bon sens.

Il peut y avoir des problèmes de coordination dans bien d'autres dimensions que sur les prix : on peut citer par exemple les services de distribution, de publicité en amont et en aval, ou la qualité des produits ; pour fixer les idées, considérons le cas d'un service de distribution.

Le distributeur choisit le niveau de service à fournir au client, et en subit le coût. Une hausse du service augmente les ventes, ce qui est profitable pour lui mais également pour le fournisseur. Or ce profit du fournisseur n'est pas pris en compte dans sa décision (externalité). On obtient alors, de façon identique au problème de double marge, un niveau de service est trop faible car le distributeur ne prend pas en compte que le service bénéficie au producteur partenaire.

Cette situation n'est bonne ni pour les entreprises prises dans leur ensemble ni pour les clients. Les entreprises ont clairement intérêt à résoudre ce problème. De manière intéressante la concurrence intramarque résout le problème de double marge mais ne règle pas le problème du niveau de service lorsque celui-ci peut faire l'objet de parasitisme. Un exemple typique en la matière est celui des services de démonstration ou de conseils à l'achat, qui sont fournis indépendamment du fait que le client achète ou non dans le magasin.

M. Chapelle, qui a été à l'origine d'un certain nombre de dossiers traités par le Conseil de la concurrence³⁰, avait un *business model* très simple. Les clients venaient dans son magasin pour acheter le dernier magnétoscope et lui posaient des questions sur les produits. Son magasin étant installé en face de Darty et de la Fnac, il leur recommandait de traverser la rue afin d'obtenir tous conseils utiles puis de revenir afin de bénéficier de prix 20 % moins cher. Ce modèle fonctionnait bien. Bien entendu, la Fnac et Darty n'étaient pas ravis de cette pratique et ont fait pression sur leurs fournisseurs pour ne plus fournir M. Chapelle en matériel dernier cri. Ce dernier les a alors poursuivis devant le Conseil de la concurrence. Evidemment, avec ce type de pratique, le service d'information au client est trop faible.

Dans le cas de services non sujet à parasitisme, il peut encore y avoir divergence entre les intérêts de la clientèle et des entreprises : du point de vue des entreprises, c'est l'impact du service rendu sur les ventes qui compte. Dans l'arbitrage entre niveau de service au consommateur et prix, les entreprises

³⁰ Voir notamment Décision n° 01-D-53 du Conseil de la concurrence en date du 13 septembre 2001 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits d'électronique grand public

mettent l'accent sur le consommateur marginal. Les consommateurs infra-marginaux, qui achètent de toutes façons, ne jouent pas dans cet arbitrage : leur préférence pour le service est ignorée qu'ils soient intéressés ou non. À l'équilibre l'entreprise peut se trouver fournir trop peu ou au contraire trop de service.

Il y a donc un problème de coordination sur ces autres dimensions également. Certes, laisser les entreprises améliorer cette coordination ne va pas nécessairement toujours dans le sens de l'intérêt des consommateurs ; toutefois, cela a toutes chances d'être le cas lorsqu'il y a un risque de parasitisme, ou lorsque la concurrence inter-marque réduit l'écart entre consommateurs marginaux et infra-marginaux. Par ailleurs, identifier les cas de figure où il pourrait y avoir une divergence entre l'intérêt privé et l'intérêt public demanderait une analyse approfondie et des données détaillées.

Vu sous cet angle, les accords verticaux sont plutôt positifs. Toutefois, on peut également observer l'inverse. Les restrictions verticales peuvent avoir un effet sur la concurrence entre structures verticales rivales. Par exemple, avec les prix imposés, le marché étant plus transparent, la collusion peut être facilitée.³¹ J'ai publié un article avec Joseph Stiglitz³² qui montre comment l'attribution de territoires exclusifs peut atténuer la concurrence dans les marchés oligopolistiques déjà concentrés. Dans ce cas les importations parallèles peuvent être utiles pour l'intensifier. Je ne suis donc pas en train de suggérer que les importations parallèles doivent toujours être exemptées. Enfin, avec Thibault Vergé³³, qui a été le chef économiste de l'ADLC, j'ai étudié le fonctionnement des restrictions verticales dans les situations de relations croisées où l'on trouve les mêmes marques concurrentes chez des distributeurs concurrents, contrairement à ce qu'on observe par exemple dans les réseaux de franchise. Dans de telles situations, la pratique des prix de vente imposés peut fausser ou empêcher le jeu de la concurrence.

Quelles sont les leçons que l'on peut tirer de cette littérature sur les pratiques de restrictions verticales ?

Ce qui relève de la coordination peut aller dans le bon sens pour les entreprises, mais aussi pour les clients. Les restrictions verticales peuvent aussi montrer un certain nombre d'effets anticoncurrentiels. **Au total, les différents effets des différentes pratiques dépendent du contexte. Prendre en compte ce contexte semble donc être important. Par exemple, les prix de ventes imposés posent un problème en cas de relations croisées, ou lorsque le risque de collusion est substantiel sur un marché, en cas de barrières à l'entrée par exemple. Dans le cas d'un réseau de franchise, à l'inverse, on ne voit pas trop le problème anticoncurrentiel. La pratique des territoires exclusifs, lorsque la concurrence est déjà très imparfaite (oligopolistique), peut exacerber le problème.** En cas de clauses d'exclusivités, c'est plutôt des problèmes de stratégies d'éviction qu'il faut craindre.

Tout ceci suggère qu'il y a une question de degré et de contexte, et non pas une question de nature. C'est en ligne avec l'évolution que l'on constate dans la pratique jurisprudentielle en matière de pratique de restrictions verticales. La pratique initiale reposait sur des règlements d'exemptions par catégories très ciblées. Elle est maintenant plus flexible. C'est le sens des arrêts que Jérôme Philippe a mentionnés, le « coup de barre ». Cela indique également que, plutôt que de distinguer les restrictions sur les prix des autres restrictions verticales, il faut examiner le contexte dans lequel ces pratiques prennent place. Ce sont des pistes pour faire évoluer la jurisprudence en la matière.

CONCLUSION DE THIERRY DAHAN

Il va de soi que certaines coordinations ne sont pas anticoncurrentielles. Concernant l'application de la règle de raison aux prix imposés (évoqué en Europe depuis l'arrêt Leegin), je voudrais rappeler deux choses : c'est un arrêt, pris à 5 voix contre 4 avec un partage idéologique très marqué entre juges

³¹Jullien, B., & Rey, P. (2007). Resale Price Maintenance and Collusion. *The Rand Journal of Economics*, 38(4):983-1001.

³² Rey, P., & Stiglitz, J. (1995). The role of exclusive territories in producers' competition. *The Rand Journal of Economics*, 26(3):431-451

³³ Rey, P., & Vergé, T. (2010). Resale price maintenance and interlocking relationships. *The Journal of Industrial Economics*, 58(4), 928-961.

conservateurs, favorables à cette solution, et juges dits libéraux, opposés au renversement de jurisprudence, comme c'est souvent le cas aux États-Unis. C'est une situation très particulière, politique et idéologique. Je doute toutefois qu'on puisse voir un jour des décisions d'une cour américaine qui montrent que des prix imposés pourraient être condamnés par application de la règle de raison.

Je souhaiterais nuancer ce que les intervenants ont appelé le coup de barre (arrêt cartes bancaires). La Cour a dit que la notion de restriction par objet doit être interprétée de façon restrictive. Dans l'arrêt *Beef Industry*, le considérant de la Cour indique que le demandeur demande une interprétation restrictive de l'infraction par objet selon une liste restrictive. La Cour répondait que « *les types d'accord envisagés dans l'article 81-1 ne forment pas une liste exhaustive de collusions prohibés* ». Elle est restée par la suite sur cette position. La notion d'interprétation restrictive est différente selon qu'on vise une liste ou des critères.

Par ailleurs, le cas des commissions sur les chèques a bien permis l'exemption de quatre commissions sur cinq. Donc la qualification de restriction par objet n'a pas empêché leur exemption, comme je le disais tout à l'heure. Il faut noter que la limitation dans le temps des pratiques n'est due qu'à l'intervention de l'Autorité. De plus, la répercussion sur les prix n'était pas obligatoire mais certaines pièces du dossier indiquaient qu'une répercussion serait nécessaire. C'est d'ailleurs par les grands comptes qui s'interrogeaient sur la répercussion de ces taxes sur leurs factures que la pratique a été détectée. Il s'agissait d'une forme de plainte, donc il y avait de quoi se plaindre.

Pour conclure, je citerai le considérant historique de la Cour suprême américaine dans le cas *Chicago Board of Trade*³⁴ sur l'application de la règle de raison. Il s'agit de l'équivalent américain de l'arrêt compagnie minière de 1966 :

« Pour répondre à cette question les juridictions doivent prendre en compte les faits propres du secteur d'activité auquel la restriction s'applique, les conditions dans lesquelles il s'exerçait avant et après la restriction, la nature de la restriction ainsi que ses effets réels et potentiels. Il faut également tenir compte de l'histoire de la restriction, du problème invoqué, des raisons pour lesquelles la solution choisie a été adoptée, ainsi que de l'objectif poursuivi par les parties. Ces éléments n'ont pas pour but d'exonérer l'accord au cas où les raisons évoquées seraient bonnes. L'intention des entreprises permettra à la Cour de mieux interpréter les faits ».

Il n'est pas vrai que l'on puisse juger d'une pratique sans juger de ces éléments, notamment les raisons pour lesquelles on la met en œuvre, ce qui nous rapproche de la notion d'objet anticoncurrentiel. Les opérateurs sont rationnels et l'on doit tenir compte de leurs objectifs.

³⁴ United States Supreme Court, *Board of trade of City of Chicago v. U S*, (1918), No. 98; Decided: March 4, 1918: “*The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. This is not because a good intention will save an otherwise objectionable regulation or the reverse; but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and to predict consequences.*”